

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA CRÍTICA À VINCULAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Cândice Lisboa Alves<sup>1</sup>

Christiane Costa Assis<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é analisar o consequencialismo na teoria do mínimo existencial, argumentação decorrente da análise econômica do Direito e recorrente nas decisões acerca dos requerimentos atinentes aos direitos fundamentais, em especial aos direitos sociais. Utiliza-se como referenciais teóricos Robert Alexy, Peter Häberle, Gomes Canotilho, José Adércio Leite Sampaio, Ricardo Lobo Torres e Ingo Sarlet, entre outros. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando-se as obras mais relevantes sobre o tema. Inicialmente discutem-se os contornos do conceito de mínimo existencial, contrastando-se o posicionamento dos autores mais relevantes sobre o tema. Em seguida, discorre-se sobre a subjetividade do âmbito de proteção do mínimo existencial, assim como acerca de sua diferenciação em relação ao mínimo vital, sendo esta falta de objetividade uma de suas deficiências pragmáticas. Defende-se a impossibilidade de o mínimo existencial ser utilizado como argumentação *prima facie* para o indeferimento das ações que visem à efetividade dos direitos fundamentais. Concluiu-se no presente trabalho que a análise econômica do Direito, e, em especial a teoria dos custos dos Direitos, quando pautam-se no mínimo existencial, apresentam-se como consequencialistas, uma vez que visam à não vinculação financeira do Estado por suas obrigações prestacionais decorrentes dos direitos fundamentais. Assim, as decisões que fundamentam-se exclusivamente na premissa do mínimo existencial configuram-se como pré-determinações que relativizam a fundamentalidade dos direitos fundamentais e também a rigidez constitucional, o que não coaduna com o código binário do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Custos do direito.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são considerados o cerne do Ordenamento Jurídico, sendo a busca pela sua efetividade o grande desafio do Estado Democrático de Direito, bem como seu desiderato. Pode-se afirmar que, hodiernamente, a legitimidade do Estado encontra-se na confluência entre as regulamentações acerca dos direitos fundamentais e sua concretização.

Inobstante, toda a importância atribuída a tais direitos, seus contornos bem como a garantia de sua efetividade constituem-se como desafio sério ao orçamento público. Este embate apenas exemplifica a dicotomia que por vezes distancia a deontologia da ontologia. Em relação aos direitos fundamentais, esta discrepância evidencia-se rotineiramente.

Enquanto discute-se a essencialidade dos direitos fundamentais, reconhece-se sua relatividade provocando-se questionamentos acerca das restrições à tais direitos. Dentre os diversos posicionamentos acerca do adequado tratamento para os direitos fundamentais destaca-se a análise econômica do direito que, através da teoria dos custos, admite a relativização da fundamentalidade daqueles direitos que não integrem a noção de mínimo existencial. A teoria econômica do direito

sobreleva o conceito de eficiência e escassez em relação à essencialidade do direito, uma vez que parte de um critério econômico e não jurídico.

Nesta seara, o conceito de mínimo existencial coaduna-se com a perspectiva consequencialista a serviço da teoria dos custos dos direitos. Ao fim e a cabo, o consequencialismo apontado parece sobrepujar a essencialidade dos direitos classificados como fundamentais e sobrelevar a salvaguarda financeira do Estado. Tal postura fere com veemência o código binário do direito, colocando em cheque as noções de certo e errado, lícito e ilícito. Os fins sobrepõem-se aos meios e o Estado deixa de ser agente responsável pelo bem comum, com responsabilidades sociais e financeiras para garanti-las, adotando a preocupação com sua estabilidade financeira.

Para analisar as implicações que a noção de mínimo existencial exerce frente aos direitos fundamentais este artigo parte de um estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais. Posterior a ela, faz-se uma análise sobre a teoria dos custos dos direitos e do mínimo existencial. Em seguida, apontam-se críticas ao viés econômico representado pela teoria do mínimo existencial.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal em seu Título II trata dos direitos e garantias fundamentais, dividindo-os nos seguintes capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. José Afonso da Silva ressalta que embora a Constituição não inclua direitos fundados nas relações econômicas entre os direitos fundamentais eles assim podem ser considerados<sup>3</sup>.

O Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência pacificou o entendimento de que o rol de direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal não é taxativo, sendo que outros Direitos Fundamentais podem existir na legislação esparsa de forma expressa ou implícita. Esta postura apenas reconheceu o que a doutrina europeia entende como textura aberta dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, destaque-se trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF:

*A nova Carta enumerou os direitos e garantias individuais em seu art. 5º. Fê-lo de maneira minuciosa, mas não exaustiva, já que, no § 2º, deixou ressalvado que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.*

*Repare-se que o texto não se refere direitos e garantias expressos no art. 5º, mas na Constituição, querendo significar, portanto, que o mencionado dispositivo não é exaustivo em relação aos direitos expressos na Carta.<sup>4</sup>*

Na doutrina Paulo Bonavides classifica os Direitos Fundamentais em gerações - termo que foi substituído por dimensões em função da falsa perspectiva que o termo gerações cria, uma vez que remete a uma sucessão e exclusão que não coaduna com o espírito de progressividade necessário em termos de proteção aos direitos fundamentais.

Retomando-se a classificação pelas dimensões, conforme sua origem histórica, entende-se que o ideário revolucionário de “liberdade, igualdade e fraternidade” da França no século XVIII profetizaram os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, respectivamente<sup>5</sup>. Sobre os direitos de primeira dimensão explica Bonavides:

*Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem,*

*por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucional do Ocidente<sup>6</sup>.*

O autor explica que os direitos de primeira dimensão ou direitos da liberdade “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado<sup>7</sup>”.

Os direitos de segunda dimensão dominaram o século XX e consistem em:

*[...] direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula<sup>8</sup>.*

Sobre os direitos de terceira dimensão explica o autor:

*Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta<sup>9</sup>.*

Os direitos de quarta dimensão, por sua vez, envolvem a globalização política:

*São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência<sup>10</sup>.*

Ao tratar dos caracteres dos Direitos Fundamentais José Afonso da Silva apresenta uma reformulação da concepção clássica que os define como direitos inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis<sup>11</sup>, embora afirme que “expurgando-se a conotação jusnaturalista que informara a matéria, ainda é possível reconhecer certos caracteres desses direitos<sup>12</sup>”. Segundo o autor, são caracteres dos Direitos Fundamentais:

*Historicidade. São histórias como qualquer outro direito. Nascem, modificam-se e desaparecem.*

*Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;*

*Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer;*

*Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade de direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;*

*Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados<sup>13</sup>.*

José Adércio Leite Sampaio divide os conceitos de Direitos Fundamentais em materiais e formais<sup>14</sup>. Explica o autor que “as concepções materiais procuram formular um sentido para a expressão ‘direitos humanos’ que se vincule ao conteúdo desses direitos”<sup>15</sup>. As concepções materiais podem ser divididas em perspectiva positivista (1), perspectiva não-positivista (2) e perspectiva eclética (3):

*1 – Perspectiva positivista: os direitos humanos, de acordo com essa perspectiva, incluem em seu núcleo de significado o reconhecimento pelo direito. São apenas aqueles “interesses” ou “bens” reconhecidos como “básicos” ou “fundamentais” e tutelados pela ordem jurídica, segundo o seu sistema instrumental<sup>16</sup>.*

*2 – Perspectiva não-positivista: podemos encontrar certas concepções que identificam os direitos humanos com as aspirações morais ou as necessidades humanas “maiores”, referidas tanto à dignidade do homem, expressa nos direitos de liberdade, igualdade, segurança e prosperidade, quanto, para uns não para outros, aos seus interesses sociais e econômicos<sup>17</sup>.*

*3 – Perspectiva eclética: procura-se reunir uma dimensão jusnaturalista transcendental ou histórica com a política [...] Estão designados aí os conteúdos dos direitos como “exigências” de determinados valores (dignidade, liberdade, igualdade) definidos pela sua historicidade, mas que se determinam como um dever ser do dever ser positivo, pois que “hão de ser” reconhecidos pela ordem jurídica interna e internacional<sup>18</sup>.*

Já uma concepção formal, segundo José Adércio Leite Sampaio, [...] no âmbito da teoria dos direitos humanos, procura definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos, sem a preocupação em identificar quais seriam o conteúdo desses direitos em um ordenamento concreto ou quais deveriam ser, em qualquer ordenamento, suas dimensões, renunciando à formulação de uma teoria dogmática e filosófica dos direitos humanos respectivamente<sup>19</sup>.

As concepções formais dividem-se em teóricas (1) e dogmáticas (2):

*1 – Perspectivas teóricas: as orientações formais teóricas procuram identificar nos direitos atributos que dêem a ele a qualidade de “direitos humanos” ou “fundamentais”. São características que se podem verificar na ocorrência de todos os direitos da espécie<sup>20</sup>.*

Acrescenta o autor que “é o caráter universal a grande forma dos direitos para a maioria dos pensadores, notadamente ocidentais. Universalidade subjetiva e objetiva que, enquanto tal, desconhece fronteiras, etnias, cor, raça, sexo e religiões<sup>21</sup>”.

*2 – Perspectiva dogmática: quando usamos o termo “dogmático” em direito queremos nos referir a uma ordem jurídica em espécie. Uma teoria dogmática dos direitos humanos, portanto, versa sobre os aspectos definidores de tais direitos como referência um sistema de direito determinado, seja de âmbito interno, seja de âmbito internacional<sup>22</sup>.*

A compreensão dos Direitos Fundamentais – direitos humanos, em se tratando do âmbito internacional – consiste em tema controverso na jurisprudência e na doutrina sendo alvos de críticas das mais diversas naturezas. José Adércio Leite Sampaio enumera as mais comuns:

*As críticas aos direitos humanos advêm de muitas frentes, desde as chamadas progressistas e revolucionárias aos conservadores, tanto semânticas quanto historicistas, da esquerda e da direita, do centro do sistema globalizado à sua periferia, além de muitos pensadores pós-modernos. Essas críticas se referem à base racional, à origem contratualista, ao caráter abstrato e subversivo dos direitos, bem como denunciam a força alienante de seu discurso, a engendrar valores próprios do sistema econômico capitalista e do etnocentrismo ocidental, produzindo uma falsa consciência dos problemas, homogeneizando diferenças e reduzindo as potencialidades de transformação da realidade. Há ainda uma crítica que se direciona contra a proteção de guetos de delinquência fornecida por tais direitos*<sup>23</sup>.

Não obstante à discussão acerca dos Direitos Fundamentais e considerando-se a previsão constitucional dos mesmos, é necessário analisar as possibilidades de restrição. Robert Alexy trata de duas teorias de restrições a direitos fundamentais: a teoria externa e a teoria interna<sup>24</sup>.

A teoria externa dos direitos fundamentais admite uma diferenciação entre o direito em si, ou seja, o direito não restringido, e o que resta do direito após a restrição, ou seja, o direito restringido. A relação entre o direito não restringido e o direito restringido não deve necessariamente existir, como explica Alexy:

*Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a parti da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos*<sup>25</sup>.

A teoria interna dos direitos fundamentais se diferencia da teoria externa por não aceitar a divisão entre direito e sua restrição, pois na mesma há apenas o direito com um determinado conteúdo que poderá ser limitado, mas não restrito<sup>26</sup>. Em linhas gerais, pode-se dizer que a teoria externa necessita de argumentação no caso concreto de colisão de direitos fundamentais, enquanto a teoria interna trata de mera subsunção, uma vez que a colisão entre direitos fundamentais teria uma solução a priori.

Segundo Alexy a opção por uma das duas teorias está relacionada com a “concepção das posições de direitos fundamentais”<sup>27</sup>, pois “se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser”<sup>28</sup>. Convém ressaltar que Alexy adota a teoria externa ao afirmar que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”<sup>29</sup>.

Exposta em linhas gerais a caracterização doutrinária dos direitos fundamentais, passa-se aos pressupostos teóricos da análise econômica do direito para, em seguida, criticar tal posicionamento.

### 3 TEORIA DOS CUSTOS DO DIREITO E MÍNIMO EXISTENCIAL

Antes de se adentrar à teoria dos custos dos direitos e do mínimo existencial é importante tecer algumas considerações para localizar historicamente o contexto em que tais discussões se tornaram relevantes, ou seja, na segunda metade do século XX, período em que a segunda dimensão dos direitos fundamentais se fez sentir de forma expressa na legislação constitucional do mundo, primando pela efetividade dos direitos referentes que tinham como carro chefe o conceito de igualdade material.

Dentro da perspectiva da igualdade material, uma vez que já se reconhecia as desigualdades fáticas, tornou-se imprescindível que o Estado passasse a agir ativamente pela promoção de direitos para a classe social desfavorecida econômica, social e culturalmente, sob pena de que tais pessoas quedassem-se inevitavelmente afastadas da possibilidade das condições mínimas de sobrevivência que deve ser aliada a um conceito de dignidade, por mais subjetivo que este possa ser<sup>30</sup>.

Para se falar, então, em um direito de igualdade é necessário, antes de mais nada, que se prime pela liberdade real, esta concebida como a condição humana de ter presentes todas as condições materiais aptas à garantia da existência humana<sup>31</sup>. Ou seja, só é realmente livre quem já possui condições mínimas atendidas, citando-se, a título de exemplo, a questão da alimentação, trabalho, educação, lazer, entre outras. Bem, após o ser humano ser livre pode-se cogitar a proteção da sua igualdade material ou substancial.

A igualdade material, enquanto direito de segunda dimensão, encontra no Estado sua maior promotora. Para tanto, o Estado passa a desempenhar uma atuação positiva, como garantidor e mesmo prestador de serviços públicos, o que lhe exige, de forma direta, um incremento financeiro.

Estes direitos de segunda dimensão foram denominados direitos sociais e usualmente são classificados como direitos positivos, no sentido de exigirem do Estado um adimplemento dependente de rubrica. Assim, são associados aos custos Estatais.

Deve-se advertir que é falacioso manter a distinção entre di-

reitos positivos como aqueles que exigem investimentos financeiros por parte do Estado e direitos negativos como aqueles que não exigem do Estado tal incremento. Ora, todos os direitos exigem investimento financeiro, seja para o seu exercício específico, seja porque o Estado precisa manter toda uma infraestrutura para o desenvolvimento de sua atividade<sup>32</sup>.

Há ainda que se ressaltar que no exercício de direitos fundamentais há uma dialética que une direitos positivos e negativos ou direitos de liberdade com direitos prestacionais, uma vez que tais direitos se complementam e, juntos, tornam possível o exercício dos demais. Nas palavras de Schäfer:

*Com efeito, no atual estágio da evolução dos direitos fundamentais, no qual qual a inserção dos novos direitos, com marcadas noções difusas, é nota essencial, todos os direitos apresentam, simultaneamente, características negativas e positivas, no momento em que exigem, para concretização, de um complexo conjunto de ações/omissões por parte do Poder Público e dos particulares, exteriorizando uma interligação dialética constante entre os diversos núcleos protegidos, ficando aberto o caminho para a reconstrução da teoria dos direitos fundamentais.*<sup>33</sup>

Deve-se ressaltar que quando se classificam direitos em positivos e negativos, toma-se por referência o agir estatal, mas que, acima de tudo, se refere a direitos fundamentais. Com tal colocação pretende-se reafirmar que todos permanecem *fundamentais*, portanto, indispensáveis à manutenção da vida digna dos cidadãos.

Há ainda a crítica de que determinados direitos são, ao mesmo tempo, positivos e negativos. Neste sentido Sarlet e Figueiredo afirmam que os direitos fundamentais sociais desempenham determinadas características positivas (as prestações propriamente ditas) e ao mesmo tempo negativas (necessidade de abstenção do legislador no sentido de não poder limitar ou restringir o direito fundamental apregoado). Utilizam como exemplo o direito à moradia e também saúde<sup>34</sup>.

É exatamente em decorrência da necessidade de dispêndio financeiro por parte do Estado e da suposta falta de recursos por parte dele que surge uma teoria que almeja diminuir a responsabilidade do Estado pelo adimplemento/efetividade dos direitos fundamentais de forma geral e dos direitos sociais de forma específica. Ao tratar de direitos sociais trata-se, de forma mais próxima, daqueles direitos que exigem uma prestação estatal. Grosso modo o embate entre a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível como limites à fruição dos direitos fundamentais sociais significa que o Estado não quer “pagar a conta” pelas atividades às quais está vinculado pela Carta Constitucional. Nas

palavras de Sarmento<sup>35</sup>, o Ente Estatal tem ciência do “cobertor curto” das finanças públicas ante as demandas sociais. Diante da argumentação da restrição da capacidade financeira do Estado, destaca-se a teoria dos custos dos direitos.

A teoria dos custos dos direitos tem origem americana e encontra em Holmes e Sunstein<sup>36</sup> seus principais expoentes. Os autores trazem a perspectiva de que não basta a ideologia de realização de direitos pelo Estado de forma abstrata, como se todos os direitos fossem plenamente possíveis e de fácil concretização. Todos os direitos representam custos<sup>37</sup> e deve haver rubrica para tanto. Sem recursos não se pode falar em efetividade de direitos, sejam eles de quaisquer natureza.

Para Holmes e Sunstein<sup>38</sup> a forma de o Estado adquirir capital para o adimplemento dos direitos é através da arrecadação tributária, sendo esta tarefa indispensável para a consecução do bem comum. Trazem também a perspectiva da limitação financeira do Estado ou, em outras palavras, da escassez de recursos frente às demandas sociais que necessitam e anseiam pela atuação estatal.

Desemboca da limitação de recursos do Estado o termo “escolhas trágicas” que encontrou na doutrina pátria sua voz em Flávio Galdino<sup>39</sup> e Gustavo Amaral<sup>40</sup>, especialmente este último, já que sua obra remete a este tema de forma expressa, ou seja: “Direito, Escassez & escolha”. Pelo título do livro é possível perceber a disjunção estabelecida entre a escassez e o direito ou a decorrência da escassez em uma escolha no Direito.

A “escolha” em termos de direitos fundamentais - e de forma especial em relação aos direitos sociais - costuma ser trágica porque pode privar uma das partes de bens jurídicos extremamente relevantes como, por exemplo, a própria vida, como ocorre nos requerimentos de saúde. Ou pode alijar a população da participação ou acesso a serviços de socialização indispensáveis a sua formação plena enquanto cidadã, como no caso das vagas na rede de ensino fundamental ou nas creches previstas às crianças até cinco anos.

Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 45 também utilizou o termo “escolhas trágicas” em seu voto para referir-se à questão da saúde pública. E o Ministro Celso de Mello novamente aplicou a disjunção trágica em julgado que tratou das vagas às crianças em sistema de ensino público como se observa na ementa abaixo:

*E M E N T A: criança de até cinco anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino Infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público*



*– doutrina – jurisprudência – obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, IV, na redação dada pela ec nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf, art. 211, § 2º) – legitimidade constitucional da intervenção do poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes – proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – princípio “jura novit curia” – invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade – recurso de agravo improvido.<sup>41</sup>*

O julgado acima é elucidativo para exemplificar que a mais alta Corte brasileira já apreendeu o significado da teoria das escolhas trágicas ou dos custos dos direitos. Inobstante, a posição por hora dominante no Supremo Tribunal Federal é no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, sem vinculá-los ao orçamento público e mesmo às políticas públicas que muitas vezes não são elaboradas ou não atendem a toda a demanda da população. Ainda assim, discordando da posição do Supremo Tribunal Federal, seguimentos importantes da doutrina têm se posicionado no sentido de buscar a vinculação entre Direito e Economia.

Timm<sup>42</sup> assevera que a melhor maneira de promover o atendimento dos direitos fundamentais é através da aplicação da racionalidade da economia, no sentido de eficiência nas demandas judiciais que almejam prestações do Estado.

O critério de eficiência determina que se busque alcançar o máximo resultado com o mínimo dispêndio financeiro possível de forma a se permitir o maior número de atendimento a requerimentos pleiteados pela população. Neste sentido, afirma que a economia se presta a uma democratização do Direito, porque promove um maior deferimento de demandas com um mesmo orçamento. A diferença é a racionalidade do critério da eficiência, típico da ciência econômica. Ou seja:

*Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação*

*são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso<sup>43</sup>.*

Dentro da economia um dos métodos de permitir a melhor aplicação dos recursos públicos é através do planejamento e isto remete no Direito, às políticas públicas que são a forma pertinente de a Administração Pública escolher, segundo o critério de discricionariedade, como aplicar as verbas públicas para, ao fim, atingir o objetivo esperado.

O planejamento deve ser entendido como necessidade para o Direito como mecanismo de “racionalização no uso dos recursos<sup>44</sup>”, tendo em vista que os mesmos são limitados. Planejamento também remete ao orçamento público, cuja previsão também se encontra na norma constitucional.

Torres<sup>45</sup>, anteriormente à Timm talvez pela sua origem tributarista, almeja à racionalidade dos gastos públicos e a vinculação entre estes e o orçamento. Afirma o autor ser através do orçamento público que o Estado auferirá receitas que serão empregadas no adimplemento dos direitos fundamentais.

Torres é de extrema relevância no cenário nacional por ter sido quem suscitou a teoria do mínimo existencial no Brasil. Segundo a doutrina do mínimo existencial o Estado apenas estaria vinculado ao adimplemento das condições mínimas de existência digna do ser humano e não à totalidade de suas necessidades. Este mínimo, além de não poder sofrer intervenção do Estado, exige dele uma atuação positiva para garanti-lo aos necessitados<sup>46</sup>.

A grande controvérsia quanto ao mínimo existencial diz respeito aos direitos sociais, ou seja, se todas as prestações devidas pelo Estado através da previsão enquanto direitos sociais seriam ou não acobertados pelo mínimo existencial. Mais uma vez ressalte-se que esta preocupação surge em função das demandas financeiras significativas que assolam o Estado, ou seja, à perspectiva dos custos dos direitos.

Fato é que na realidade social se fez presente uma “tensão entre a decrescente capacidade prestacional do Estado e da sociedade e o aumento da demanda por prestações sociais<sup>47</sup>”. Assim, expandiu-se a doutrina que visa preservar o Estado do pagamento relativo a todos os supostos direitos fundamentais ou em relação aos direitos sociais que, de outro giro, não são considerados fundamentais ou abarcados pelo que se denomina “mínimo existencial”.

Torres<sup>48</sup> tem como ponto nevrálgico de sua tese exatamente a diferenciação que determina que nem todos os direitos sociais são fundamentais e que apenas os que se adequam ao conceito de mínimo existencial é que adquirem o *status* de direitos fundamentais.

Questão bastante controversa é a delimitação do mínimo existencial. Para Torres<sup>49</sup> a teoria do mínimo existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, que considera como pertencentes ao mínimo existencial os direitos essenciais, inalienáveis e existenciais, ainda que não propriamente fundamentais, uma vez que tais direitos podem não estar alocados na cártula constitucional e sim dispersos no Ordenamento Jurídico como, por exemplo, no direito civil, penal, entre outros. O que prepondera são as características do direito em si. Estas se apresentam como elementos<sup>50</sup> normativos, dogmáticos, interpretativos e ligados à moral. Como elemento normativo, tal teoria preocupa-se com a concretização do direito em si. Já no aspecto dogmático, eleva-se a concretização tendo como pressuposto as fontes dogmáticas e jurisprudenciais. Como caráter interpretativo há uma vinculação entre as consequências que o direito irá projetar a seu redor. Por fim, como elemento ligado à moral, encontra-se a vinculação do mínimo existencial a caracteres morais do direito assim como ocorre com os direitos fundamentais. Tal situação pode ser percebida quando no conceito de mínimo existencial se abordam questões como auxílio aos necessitados, combate à pobreza, educação, desenvolvimento humano, saúde, redistribuição de renda e qualidade de vida, sendo todos estes elementos marcados por aspectos intimamente relacionados à moral.

Ingo Sarlet<sup>51</sup> assinala assim como Torres que “nem todas as normas da ordem social compartilham a fundamentalidade material”, mas assevera a importância do tratamento de todos os direitos trazidos pelo Art. 6º da Constituição Federal como fundamentais. Afirmar que o mínimo existencial pode ser considerado direito subjetivo, mas, assim como todos os direitos fundamentais, não pode ser compreendido com caráter absoluto e sim relativo.

Sarlet<sup>52</sup> assevera que a noção de mínimo existencial não engloba apenas a de *mínimo vital*, que seria aquele a abranger tão somente as condições necessárias de sobrevivência do ser humano. Na noção de mínimo existencial estão presentes conceitos atinentes ao *mínimo fisiológico* bem como a um *mínimo sociocultural*, ainda que esta definição seja subjetiva. Afirmar Sarlet<sup>53</sup> que, por tal motivo, o conceito de mínimo existencial “assume o significado de cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais explícitos”.

A título de exemplo, cita os seguintes direitos como pertencentes ao mínimo existencial:

*[...] direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e sanea-*

*mento básico, transporte, energia elétrica, (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência*<sup>54</sup>.

Sarmento complementa:

*O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não há, todavia, consenso sobre as prestações que compõem este conjunto.*<sup>55</sup>

O autor manifesta-se no sentido de que o conceito de mínimo existencial não é absoluto e deve guardar relação com as condições peculiares daqueles que requerem a prestação do Estado - mesma posição expressa por Sarlet. Também Sarlet<sup>56</sup> subdivide o conceito de mínimo existencial em um caráter positivo e outro negativo. Sob o viés negativo, apresenta-se como cláusula de barreira que impede o descumprimento dos direitos fundamentais, ainda que apenas em seu conteúdo mínimo, tanto pelo Estado quanto pelos particulares. Sob o enfoque positivo, obriga o Estado a dar cumprimento às prestações necessárias à manutenção da vida digna, o que corresponde ao conceito de mínimo existencial.

Retomando-se o posicionamento de Sarmento, o mesmo relativiza o mínimo existencial atrelando-o, intimamente, às condições subjetivas de quem o pleiteia em juízo, de forma que, por exemplo, o rendimento do requerente deva ser levado em consideração quando da análise judicial. Afirmar assim que o mínimo existencial deve ser densificado diante do caso concreto e não em uma relação abstrata. O autor esclarece:

*O fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua vida digna. trata-*

*-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada.* <sup>57</sup>

Como já se explicou, não há consenso entre a delimitação do mínimo existencial, tampouco sobre a obrigatoriedade de o Poder Judiciário estar ou ser vinculado a mesma para analisar as demandas sob sua apreciação. Diante do que se considera uma abertura extremada, passa-se a tecer algumas críticas ao conceito e função do mínimo existencial para os direitos fundamentais.

#### **4 APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL: CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL?**

Os direitos fundamentais são hoje o epicentro do Ordenamento Jurídico, sendo temerário vincular quaisquer elementos extrínsecos ao seu núcleo essencial. O atendimento pleno aos direitos fundamentais é uma consequência da Supremacia da Constituição considerada não como princípio passível de relativização, mas sim como condição de procedimentalidade da mesma.

Por núcleo essencial, núcleo duro ou limite dos limites dos direitos fundamentais considera-se a essência de proteção do direito fundamental, o bem jurídico ao qual o Poder Estatal conferiu proteção por considerá-lo merecedor da tutela devido à sua imprescindibilidade (irrenunciabilidade e inalienabilidade) para o cidadão. Este núcleo vincula o legislador que não poderá modificar ou diminuir o âmbito da proteção já conferida ao direito fundamental, devendo proteger a progressividade do bem tutelado<sup>58</sup>.

É de suma relevância perceber que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia plena e imediata, conforme estabelecido pelo art. 5, §1º da Constituição da República. Ou seja, não se pode admitir uma eficácia parcial ou subordinada a determinadas condições como, por exemplo, a existência de orçamento.

A abordagem econômica do direito firma-se em critérios financeiros não considerando argumentos jurídicos. A análise da mesma tem objetos diversos e a economia, quando aplicada ao direito, tende a propiciar um consequencialismo temerário, onde o dispêndio econômico mede o nível de proteção do direito questionado.

Ora, mesmo que se considere como verdade que todos os direitos impliquem em custos, alguns custos não são de fácil mensuração, vez que além do valor efetivamente gasto, há um caráter subjetivo implícito ao direito que é a representação provocada pelo mesmo nas individualidades, na personalidade, na plenitude da pessoa. Quanto poderia custar a saúde de uma pessoa? Quanto poderia custar a morte de outra? Em tais perguntas há algo além do custo referente aos procedimentos médicos: há um valor subjetivo que entrelaça a vida dos familiares e os respectivos sen-

timento que decorrem da dor, do amor, da aflição, do medo. Assim, tal mensuração parece praticamente impossível.

Ademais, decisões judiciais devem ser o resultado lógico do procedimento, com efetiva participação das partes. Ou seja, as decisões judiciais devem estar conectadas às razões processuais e não a ideologias ou questões políticas, exceto quando estas estejam previamente consignadas nas normas jurídicas que tutelam a questão. Álvaro Ricardo de Souza Cruz faz importante ressalva com relação à moralidade e a política que, por vezes, vêm inseridas nas sentenças judiciais:

*A partir daí, o “princípio da moralidade e do discurso” cede espaço a argumentos políticos, tais como os de “lacunas perigosas”, “prejuízo financeiro”, “dano econômico irreversível” e a “reserva do possível”. Em vez de examinar se os argumentos pragmáticos violam os direitos fundamentais, o raciocínio se inverte e a prioridade se torna a viabilização da política econômico-financeira do Estado. O Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com sua decisão, mesmo que “alguns” direitos fundamentais sejam violados*<sup>59</sup>.

Continua o autor:

*A “supremacia da Constituição” é elemento essencial à constituição do código de funcionamento do Direito. Um código binário que separa o lícito/constitucional do ilícito/inconstitucional. Se ele deixa de ser considerado, quem se afasta é o próprio Direito. A Corte assume uma decisão de caráter estritamente político!*<sup>60</sup>

O autor demonstra em seu texto que o direito deve estar adstrito às discussões atinentes ao que ele denomina “código binário de direito”, ou seja, às noções de certo ou errado, lícito ou ilícito de forma primordial. Assim, não se pode condicionar o deferimento ou a efetividade de um direito fundamental a um argumento meramente econômico, sob pena de haver um desnaturamento do núcleo essencial do direito fundamental discutido em juízo.

É por não suportar uma relatividade exterior a possíveis conflitos entre direitos fundamentais que se rechaça a aplicação simples e irrestrita da teoria dos custos dos direitos, com seu viés economicista, às discussões acerca dos direitos fundamentais. Lado outro, ao se tratar das discussões acerca do conteúdo de mínimo existencial, é necessário, da mesma forma, questionar as limitações que dele decorrem.

Inicialmente há que se destacar que a teoria do mínimo exis-



tencial busca justificar o atendimento a alguns - e não à todos - os direitos fundamentais através de uma hierarquização. Neste sentido, alguns direitos elencados como pertencentes ao mínimo existencial devem ser promovidos pelo Estado ainda que sem a necessidade de políticas públicas para tanto enquanto outros, por não serem aceitos como integrantes do mínimo existencial, não são obrigatórios. E quando adimplidos, devem ser efetivados através de políticas públicas elaboradas pelo Poder Legislativo. Ora, falta coerência lógica em tais situações, uma vez que não existem elementos fortes o suficiente para diferenciar os direitos supostamente pertencem ao mínimo existencial daqueles que não se adequam ao mesmo.

Outra questão essencial a ser abordada é o consequencialismo da análise econômica do direito. Consequencialismo é aqui utilizado com o significado de sobrelevar os desdobramentos da decisão antes mesmo de esta ser prolatada, admitindo-se que as consequências da decisão possam condicioná-la. Na verdade opta-se antecipadamente pelo “o que” julgar, ou, pelo “como” julgar. Ou seja, as consequências do julgamento se sobrepõem às demais questões tais como o conteúdo normativo ou o procedimento em si. Um exemplo seria o seguinte pensamento: “se não há rubrica para se garantir a moradia diante da ação proposta, deve-se alegar o princípio do mínimo existencial ou a reserva do possível”. Observe-se que não se questionou a constitucionalidade do direito à moradia, ou seja, a dicção normativa foi desqualificada sob o argumento econômico.

Amaral e Mello dissertam sobre o consequencialismo diante das ações que pleiteiam direitos relacionados à saúde ponderando que “é preciso, pois, examinar não apenas o valor intrínseco da norma e o estado de coisas por ela direcionado, mas também as diversas consequências intrinsecamente valiosas ou desvaliosas que possam decorrer das atividades afetadas pela norma<sup>61</sup>”. Assim, os autores ressaltam a importância a qual atribuem ao orçamento público, como mecanismo de refrear a interferência do Judiciário em áreas que são da competência funcional do Legislativo (políticas públicas) ou do Executivo (aplicação das verbas públicas para dar cumprimento às políticas públicas).

Amaral e Mello<sup>62</sup> relatam que quando a demanda tem como pano de fundo a saúde o Poder Judiciário, quase de forma unânime, proclama a necessidade de se deferirem os requerimentos pleiteados, uma vez que leem tais ações como se representassem o embate entre vida *versus* orçamento público. Resta então aos autores clamarem por uma oportunidade de modificação do pensamento dos magistrados, de forma que eles possam analisar o caso concreto diante do procedimento, evitando-se um pré-julgamento que considere apenas uma moralidade dos membros do Judiciário.

Toda atividade consequencialista é temerária, pois a mesma busca apenas uma justificativa legal para uma decisão de cunho

intrínseco/moral do magistrado. Dessa forma, macula-se qualquer procedimento judicial, retirando-se a neutralidade do julgamento e ainda a racionalidade que deveria ser sua fonte de legitimidade.

A teoria do mínimo existencial é, pela sua natureza, consequencialista, assim como a argumentação pela reserva do possível. Ambas almejam diminuir o âmbito de responsabilidade social que o Estado têm para com seus cidadãos e, assim sendo, desconsideram toda a construção sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais. Dessa forma, o que importa não é o direito pleiteado, suas dimensões e seus contornos, mas as consequências jurídicas do julgamento - em especial, a condenação do Estado.

Sampaio<sup>63</sup>, ao tratar da razoabilidade como critério argumentativo para justificar o posicionamento dos juízes, retoma o pensamento de Scaccia exatamente no ponto que se aplica à discussão que aqui se coloca. Sampaio discute o critério de razoabilidade que é utilizado com frequência para justificar a posição dos juízes nas decisões que prolatam:

*A “Constituição do caso” e “do juiz” acaba por desnortear a própria teoria constitucional, pois em que bases se permite falar consistentemente em um poder constituinte originário, se a sua obra for uma simples referencia vaga entre os espectros de razoabilidade sem fim à disposição de poderes em tese constituinte? Como se pode falar de superioridade (de higher law) e rigidez constitucional, se a cada instante há um parâmetro de constitucionalidade que abraça conteúdos imprevisíveis, suscitando mudanças informais e a própria desformalização mutante da Constituição?*<sup>64</sup>

De acordo com a citação acima, pode-se concluir que a relatividade dada ao conteúdo dos direitos fundamentais, ao se aderir à teoria do mínimo existencial e à possibilidade de mitigação da obrigatoriedade do Estado em garantir tais direitos, enfraquece a própria norma constitucional. Em outras palavras, coloca em risco a força normativa da Constituição e ainda sua Supremacia. Ao remeter ao poder constituinte originário, Sampaio demonstra a obrigatoriedade e importância que deveria ser dada ao mesmo no sentido de que a rigidez constitucional adotada pelo Ordenamento pátrio não admite a relativização constante da Constituição, tampouco a mutação do conteúdo das cláusulas pétreas - entre elas a proteção aos direitos fundamentais.

Não se vive em um país ideal com recursos públicos suficientes para se atender plenamente a todos os direitos fundamentais e a todos os cidadãos. Entrementes, esta restrição ou limitação apenas poderá ser legítima quando partir da análise do caso concreto e não sob a alegação da teoria do mínimo existencial.

É imprescindível um conjunto probatório robusto que demonstre a desobrigação do Estado em adimplir um direito fundamental, garantindo-se todas as oportunidades processuais ao requerente para contra-arrazoar as alegações do Ente Público. Assim, através da argumentação jurídica e da ponderação poder-se-á, com justa causa, mitigar determinada prestação estatal, mas como uma exceção e não por regra geral.

## 5 CONCLUSÃO

O tema aqui analisado não é singelo, tampouco fácil de ser manuseado, sobretudo porque envolve extremada subjetividade que pode - e costuma - desembocar na reprodução de discursos jurídicos voltados à proteção de instituições sociais, ao invés de vincularem-se às normas constitucionais e sua fundamentação histórica. Todos eles marcados por sentimentos e emoções, o que impede ou atrapalha uma análise acurada pela imparcialidade da ciência jurídica.

Assim, ao analisar o mínimo existencial por vezes se sobreveiam discursos consequencialistas ou estabelece-se o embate entre o agir estratégico daquele que advoga em causa própria ou em prol de determinado segmento social e o Estado. Tal postura é uma constante na atividade jurisdicional, mas em termos de construção de uma doutrina ou teoria é imprescindível que sobrepaire, com seriedade, os princípios que dão coerência à Ciência Constitucional e sempre garantem a força normativa e a supremacia da Constituição.

Não se defende que o magistrado se encapsule do mundo ao seu redor e decida livremente das contingências fáticas, como se estas não existissem ou fossem irrelevantes para o deslinde da controvérsia. Inobstante, também não se concebe como atitude escorregia o fato de uma decisão judicial preocupar-se mais com os efeitos econômicos que dela provenham do que com os contornos jurídicos dos direitos em embate.

O juiz não pode julgar de acordo com preferências ou idiosincrasias sem respaldo jurídico. Não podem haver pré-determinações ou consequencialismo no sentido de um determinismo nas ações judiciais. A decisão deve decorrer da discursividade necessária ao processo, com chances iguais de manifestação das partes.

Dentro de um embate entre direitos fundamentais, os mesmos devem ser considerados como fontes primárias da decisão e não como adendos que apenas serão analisados em casos nos quais o objetivo principal (proteção das finanças públicas) não possa ser alcançado. Neste sentido não há como atribuir valor precedente ao orçamento público ou à viabilidade econômica do Estado em detrimento da obrigação do mesmo pelo adimplemento das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais devem afastar-se da maior parte das contingências fáticas, sob pena de a ideologia do Estado De-

mocrático de Direito ser desconsiderada. É neste sentido que se rechaça o consequencialismo advindo da análise econômica do direito, que busca relativizar excessivamente os direitos fundamentais, tendendo ao seu não cumprimento.

Ademais, não há segurança jurídica em colocar como critério para julgamento um conceito aberto como o do mínimo existencial, que tem abrigo apenas na doutrina. E mesmo na doutrina há tantos desencontros que se torna praticamente impossível estabelecer o que cabe ou o que se afasta do mínimo existencial.

Assim, como inferências decorrentes deste estudo, retomasse a importância de se levar a sério a teoria constitucional, bem como os princípios de coerência prática da norma constitucional, da supremacia e da força normativa da Constituição. E principalmente constata-se que, ao se abdicar a efetividade dos direitos fundamentais, se abdica também de direitos mínimos necessários à vida digna advindos de longo processo histórico para sua aquisição, aceitando-se o risco de jamais se readquiri-los.

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79-100.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo* 639.337 SÃO PAULO. Relator. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE-639337ementa.pdf>> Acesso em: 24 de set. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade* 939/DF. Relator: Min. Sydney Sanches. D.J. 17/12/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver-PdfPaginado.asp?id=346704&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20939%20-%20MC>> Acesso em: 15 de maio de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada* 175/AgR/CE. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>> Acesso em: 24 de set. de 2012. CALIL, Mario Lúcio Garcez. *A efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de valores*. Porto Alegre; Nuria Fabris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Catolica Del Perú, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUNO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

LUNO, Antonio E. Perez. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Trad. José Luiz Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. (Estado e Constituição – 14). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006.

POSNER, Richard A. *Utilitarismo, economía y teoría del derecho*. Disponível em: <[http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:yXngsRXXRy8J:scholar.google.com/+posner+utilitarismo&hl=pt-BR&as\\_sdt=0](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:yXngsRXXRy8J:scholar.google.com/+posner+utilitarismo&hl=pt-BR&as_sdt=0)> Acesso em 26 de set. de 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicida-*

*de*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.45-102.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.251-314.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.553-586.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão (Estado e Constituição – 5)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. Disponível em: <[http://www.direitorio.fgv.br/admin/pub\\_imagens/arquivos/CONSEQUENCIALISMO%20RACIONALIDADE%20E%20MALANDRAGEM%20SCHUARTZ%20FINAL.pdf](http://www.direitorio.fgv.br/admin/pub_imagens/arquivos/CONSEQUENCIALISMO%20RACIONALIDADE%20E%20MALANDRAGEM%20SCHUARTZ%20FINAL.pdf)> Acesso em: 26 de set. de 2012

SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.63-78.

## NOTAS DE FIM

1 Advogada. Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa (2006). Especialista em Direito Público pela Unec-Caratinga (2007). Doutoranda em Direito Público pela PUC Minas. Professora do curso de Direito da Newton Paiva, Fadivale e Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar de Minas Gerais.

2 Advogada. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

3 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p.184.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF*. Relator: Min. Sydney Sanches. D.J. 17/12/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=346704&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%20939%20-%20MC>> Acesso em: 15 de maio de 2012.

5 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 562/563.

6 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 563.

7 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 564.

8 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 564.

9 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 569.

10 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 571.

11 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 180/181.

12 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 181.

13 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 181.

14 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.

15 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.

16 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 23.

cidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 23.

17 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 24.

18 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004p. 26/27.

19 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004p. 27.

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004p. 27.

21 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 29.

22 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 29/30.

23 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 38.

24 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.277.

25 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 277.

26 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 277.

27 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 278.

28 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 278.

29 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 281.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

31 HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Catolica Del Perú, 1997, p. 69.

32 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.16.

33 SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Do sistema

geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão.(Estado e Constituição — 5). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 64.

34 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 16-17.

35 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.553-586.

36 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

37 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p.13.

38 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

39 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

40 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 639.337 SÃO PAULO*. Relator. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE-639337ementa.pdf>>Acesso em: 24 de setembro de 2012.

42 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-62.

43TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

44 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 55.

45 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Lucia-

no Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.63-78; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

46 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

47DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 140.

48 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 9.

49 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13-14.

50 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13-29.

51 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 311.

52 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 322.

53 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 322.

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 322.

55 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.576.

56 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

57 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos **direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.577.

58 SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.251-314; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006, p.299 e seg.; ALEX,



Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

59 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 241.

60 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 242.

61 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86.

62 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.80.

63 SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.45-102.

64 SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.95.